

Proceso y Cultura: El Proceso como Resultado del Ensamblaje de la Relación Estado-Jurisdicción

Omar Sumaria Benavente*

Se plantea un análisis de la trayectoria del ensamblaje de la relación Estado-Jurisdicción, que se puede estimar a través de sus elementos que son las capacidades, puntos de inflexión y lógicas organizacionales, que se plasman en el "contexto cultural" fijado por las variables políticas, sociales, económicas e ideológicas, establecidas en la forma del ejercicio del poder no sólo legítimo sino también efectivo, que son determinantes a su vez de un sistema institucionalizado o formal de resolución de conflictos como expresión material de esta relación.

*En homenaje del maestro, profesor y amigo
Juan Luis Avendaño Valdez*

Introducción

La visión del ordenamiento jurídico como un método institucionalizado de resolución de conflictos en sentido amplio (prevención y resolución) es a menudo rechazada por juristas y abogados, que la ven como una descalificación teórica¹ provocado por el hecho de que el sistema jurídico fue implantado en la sociedad con el uso de un discurso estridente que recurrió a la postulación de valores fundamentales divinos o de la razón, como discurso del "poder", y por el hecho de que el sistema jurídico se haya implantado mucho tiempo antes y que la ciencia que hace de su estudio su objeto ya tenga existencia secular mientras que la vocación por el análisis del conflicto como problema general de la sociedad haya aparecido a mitad del siglo XX².

Sin embargo, desde la antigüedad, el hombre había desarrollado, sin teorizar sobre ello, diversos métodos de resolución de conflictos³.

En esta perspectiva se plantea que a través del desarrollo de la relación de los conceptos "Estado-Jurisdicción" se va generando un específico "sistema formal de resolución de conflictos" adecuado a un contexto histórico-espacial-social-político-económico definido, es decir, en un determinado "contexto cultural".

En este rumbo, estudios más recientes acerca de la formación de un sistema procesal o sistema institucionalizado de resolución de conflictos colocan mayor énfasis en el concepto "cultura jurídica", entendiendo por ella al conjunto de elementos comunes de los valores, prácticas, creencias, símbolos de cada concreto grupo social⁴ y que se traduce en el modo de producción de la verdad y la adecuación a la política⁵, como presupuestos de generación del "sistema formal de solución de conflictos".

1. Proceso y cultura

La dificultad en explicar por qué existen distintos sistemas de solución de conflictos como son el sistema adversarial y el sistema acusatorio, que a su vez aparentemente derivan de dos familias o sistemas de derechos distintos y opuestos entre sí, como son el *civil law* y *common law*, ni tampoco el poder explicar por el por qué unas sociedades tienden más hacia la judicialización de los conflictos como la sociedad norteamericana y otras tienen mayor tendencia hacia los mecanismos alternativos de solución de conflictos como las sociedades orientales, configuran un elemento externo pero emergente e interdependiente a los sistemas de solución de conflicto que es el factor "cultural" y el cual está presente en toda forma de solución de conflictos como expresión de una determinada sociedad.

Oscar G. Chase, a través de una metodología comparativa, examina el factor eminentemente cultural

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Académico de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo en la Universidad de Medellín (Colombia). Miembro de la Interamerican Bar Association, Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión Consultiva en Derecho Procesal del Colegio de Abogados de Lima. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, y en la Academia de la Magistratura. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio "Cabrejos, Vassallo & Sumaria" Abogados. E-mail: osumaria@pucp.edu.pe.

1 ENTELMAN, Remo F. *Teoría de los conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Gedisa, Barcelona, 2002. Pág. 61.

2 ENTELMAN, Remo. *Op. Cit.* Pág. 69.

3 ENTELMAN, Remo. *Ibid.* Pág. 61.

4 CHASE, Oscar. *Cultura, proceso y rito*. Trad. Fernando Martín Díaz. Marcial Pons, 2011, Madrid. Pág. 25.

5 GARAPON, Antoine y Ioannis PAPADOPULOS. *Juzgar en Francia y EE.UU. Cultura Jurídica Francesa y Common Law*. Legis. Bogotá, 2006. Pág. 21.

de las instituciones jurídico legales para demostrar que en cualquier sociedad los procedimientos empleados para resolver controversias tienen su origen en la cultura propia de la sociedad al tiempo que la conforman, de esta manera *“la forma escogida por cada sociedad para el manejo de los conflictos es el resultado de una serie de elecciones conscientes e involuntarias que han sido realizadas desde sus condiciones de conocimiento, creencias y estructura social”*⁶.

En el mismo sentido, Katherine Newman⁷, haciendo una relación entre la organización socio-económica que se dan en las sociedades preindustriales, van determinando la verificación de distintas variables que indican si estamos ante un sistema de resolución de conflictos formal y el grado de complejidad de esta sociedad.

En consecuencia, a mayor complejidad social se presentan la mayor cantidad de variables que establece la formalidad e institucionalización social del referido sistema de resolución de conflictos. Las cinco variables a determinar son: a) la utilización de un tercero neutral que resuelve; b) el requerimiento social de acudir a ese tercer neutral; c) la autoridad de la decisión del tercero; d) la centralización de la decisión que resuelve el conflicto; e) la existencia de diversas instancias jurisdiccionales.

Así, diversos factores de carácter económico, social, ideológico político determinan el “contexto” cultural que determinarán a la sazón la forma organizada como la sociedad enfrenta, absorbe o gestiona los conflictos internos que trascienden el umbral particular.

El “contexto” se refiere a lo que se encuentra alrededor del “texto”. En este caso, el “texto” o realidad narrativa palpable ha sido el proceso, pero muchas veces se ha dejado de ver lo que está alrededor. *“Una aproximación interpretativa a los procedimientos de resolución de conflictos también se ve facilitada con los rituales que a menudo se emplean en aras de la legitimidad, o las formalidades que expresan la encantadora (o terrible) metáfora de los deseos y pasiones que son inherentes a las culturas que los fraguan”*⁸.

Pero los elementos significativos de los procedimientos de resolución de conflictos difícilmente se generan solos. Al existir conflictos en todas las sociedades, encontrar los elementos que lo sostienen es investigar sobre la forma como se interrelacionan. Un procedimiento de resolución de conflicto se entenderá mejor cuando se aprecie cómo se desarrolla y funciona simbólicamente.

El poder también es siempre un factor a tener presente cuando los procedimientos de resolución de conflictos son desarrollados, utilizados, mejorados o reformados. Los procesos de resolución de conflictos no son neutrales respecto de la competencia entre grupos sociales, e incluso tampoco lo son respecto a las partes en disputa. Quien decide el conflicto, y

el medio a través del cual se resuelve, beneficiará y perjudicará a diferentes sectores de la sociedad.⁹

De esta manera el proceso se convierte en un espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico, en un campo social donde las representaciones y relaciones se actualizan continuamente en función de los contextos específicos de significación de cada sociedad y superponiéndose, no eliminando, a los elementos más antiguos.¹⁰

Mirjan Damaska anotaba que *“La pregunta no es sólo qué tipo de procedimiento queremos, sino también qué tipo de organización del Estado poseemos”*¹¹, refiriéndose a que la estructura de un diseño procesal se encuentra en estrecha relación con la forma como se gestiona el poder en un determinado modelo de Estado de acuerdo a su estructura de autoridad y función de gobierno, más allá de la distinción por oposición entre procesos adversariales o inquisitivos, o de sólo apreciar la relación entre proceso legal y organización socio económica del estado, o el régimen político¹², mostrando las conexiones directas que existen en el modo de concebir al juez y los órganos judiciales y los modelos de proceso de un lado, y del otro las concepciones del Estado y del poder público.

Es así que en el análisis o revisión del proceso como medio de resolución de conflictos no puede ser ajeno a los elementos ‘cultura’, entendiendo por ella al conjunto de prácticas, valores, creencias y símbolos de determinada comunidad; al establecimiento de la delimitación del ámbito de influencia del sistema de resolución de conflictos que puede alcanzar al sistema social o al sistema económico o ambos en forma simultánea, y el sistema de creencias que convierten al proceso en un rito formal.

Para Michele Taruffo, si bien la expresión “cultura jurídica” resulta un concepto algo vago e indeterminado y objeto de discusión, cumple una función importante en la apreciación de distintos sistemas procesales, para *“superar el nivel del puro y simple análisis técnico de normas específicas y precedentes, y ocuparse también de valores, actitudes, orientaciones e ideologías que circundan, fundan o pasan a través de las instituciones y de los conceptos jurídicos, en general, así como también en el ámbito del derecho procesal”*¹³. Y coloca especial énfasis en el fenómeno del “multiculturalismo”, entendiendo por ello la creciente conciencia del hecho de que en el ámbito del derecho existe una variedad de culturas.

Este concepto de “multiculturalismo” coloca dos aspectos en relieve, por un lado la estructura de varios niveles de multiculturalismo procesal que va desde la distinción entre sistemas o familias jurídicas (*civil law–common law*), en gran medida superada; un nivel intermedio que contempla distintos tipos de variaciones en un mismo sistema procesal; y un tercer nivel que abarca la existencia de distintos sistemas en un mismo ordenamiento nacional, como es el caso de los Estados Federados como EE.UU y Suiza. Y por otro lado

6 CHASE, Oscar. G. Op. Cit. Pág. 19.

7 NEWMAN, Katherine. “Economics organization and Law”. En: *Cambridge University Press*, Cambridge 1983. Pág. 53.

8 CHASE. Op. Cit. Pág. 23.

9 CHASE, Oscar. Op. Cit. Pág. 23.

10 LÓPEZ AYLLÓN, Sergio. *El proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico una aproximación de sociología del derecho*. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/645/12.pdf> (21/02/12).

11 DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile. 1986. Pág. 86.

12 DAMASKA, Mirjan. Op. Cit. Pág. 12-32.

13 TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Trad. Beatriz Quintero. Temis, Bogotá, 2006. Pág. 6.

pone de relieve la tendencia hacia la fragmentación y el localismo en la evolución de los sistemas jurídicos y de las culturas jurídicas.¹⁴

El proceso al ser parte de una tradición legal es parte constitutiva de un complejo mundo normativo. La tradición no sólo incluye el *'corpus iuris'* sino también un lenguaje y un *'mythos'*; narraciones en las cuales sitúan al *corpus iuris* quienes expresan su voluntad a través de él. *"Estos mitos establecen paradigmas de comportamiento: crean relaciones entre el mundo material y el mundo normativo, entre las limitaciones de la realidad y las demandas de una ética. Estos mitos establecen repertorios de jugadas –un lexicom de acciones normativas– que pueden combinarse para generar pautas de acción significativas derivadas de las pautas significativas del pasado. El significado normativo inherente a esas pautas del pasado puede hallarse en funcionamiento de la historia de la doctrina jurídica ordinaria, ante cuestiones mundanas; en anhelos utópicos y mesiánicos; en apologías del poder y del privilegio, y en críticas dirigidas contra los esfuerzos de justificación del derecho. El derecho puede ser concebido como un sistema en tensión o como un puente que une un concepto de la realidad con una alternativa imaginada."*¹⁵

Un claro ejemplo de esta asociación entre la relación "Estado-Jurisdicción" y el "contexto cultural", se puede dar en el desarrollo de los ADR en la sociedad norteamericana del siglo XX, que fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural, "más específicamente, depende directamente de los cambios en los valores en conflicto a finales del siglo XX, la desconfianza en el gobierno, las privatizaciones, la humanización de las instituciones a gran escala, el progreso social a través de la mejora individual, y el escepticismo posmoderno acerca de una realidad objetiva, temas que se identifican como fundamentales en la cultura estadounidense: libertad, individualismo, populismo, igualdad, liberalismo."¹⁶

Esto determina, por ejemplo, que en la base de la alternativa entre los ADR y el proceso judicial hay más profundas y complejas implicaciones culturales, que va mucho más allá del puro y simple problema práctico de la escogencia del instrumento más rápido y menos costoso para resolver una controversia¹⁷, existe todo un halo de factores supuestamente externos que emanan de la sociedad pero que integran este fenómeno del sistema de solución de conflictos, que es la "cultura", por lo cual no es tan distinto el método de resolución de conflictos de la cultura Azahande basada en el oráculo Bengé¹⁸ como el método de los tribunales occidentales en tanto cumplen el mismo rol y objetivos en forma práctica y como ritual, con características propias a cada sociedad.

Sin embargo, intentar descifrar una cultura judicial es una tarea harto complicada con el riesgo de caer en la caricaturización o apología, por ello no se puede centrar el análisis en los sujetos, en la historia, la identidad o la profundidad. Por ello, más que permitir una concepción inmóvil es preferible sobreponer la relación a la

subjetividad, la actualidad a la historia, la mundialización a la identidad, la idea de curva a la de profundidad, *"La cultura judicial es un fenómeno total, título que será explicable a partir de una explicación económica (el mercado del derecho), histórica (la creación del Estado de Derecho), lingüística y hasta geopolítica"*¹⁹. Luego, la cultura judicial más que el producto de todo eso, es una fuerza que impulsa a la unidad, a la coherencia en la cual la historia ejerce un peso determinante pero no puede explicar todo.

Identificar las fuerzas motrices que dan a cada cultura su dinamismo obliga a salirse del derecho. *"Es, por tanto, en la relación de cada pueblo con la regla de derecho y, recíprocamente, en la posición del derecho frente a lo real y a los individuos que forman ese pueblo"*²⁰, a lo que se denomina "cultura judicial".

Para Luigi Ferrajoli, por "cultura jurídica" se puede entender "la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques; en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del Derecho en una determinada fase histórica. En segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, jueces o de administradores. Y en tercer lugar, el sentido común relativo al Derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad. Entre el derecho positivo y la cultura jurídica existe, por otra parte, una relación de interacción política"²¹. Esto quiere decir que el estudio del Derecho se da en varios niveles que se comunican entre sí, interactúan y se nutren recíprocamente en un determinado contexto.

En ese sentido, si "el proceso" se enmarca como un fenómeno social su análisis o estudio no se puede circunscribir solo a su orden estructural o técnico, que es el reflejo de una teoría, o la expresión material de un determinado contexto, por lo cual se debe advertir un triple nivel de análisis, tanto en el aspecto meta jurídico referido a la teoría, en el que se revisa y crítica si la teoría procesal adoptada corresponde y está en coherencia con los demás sistema colaterales de la sociedad y el Estado, tanto en el aspecto político, económico, social y cultural. Un segundo nivel de análisis en el aspecto sistemático interno, que es el análisis normativo del proceso, sobre la base de las cualidades de pertenencia y coherencia que determina la validez de las formas, y finalmente, un tercer nivel de análisis que corresponde al orden pragmático o práctico, en razón de que el proceso como abstracción que nace ante la alteración de la realidad y trata de reconstruirla o corregirla, creando un espacio propio, en el que intervienen jueces, abogados, litigantes.

Estos tres niveles de análisis se comunican entre sí de abajo hacia arriba y de arriba hacia abajo, no son aislados, sino interdependientes y muchas veces con fricciones o contradicciones entre sí. Gómez Lara refiere *"En una*

14 TARUFFO. *Op. Cit.* Pág. 6-11.

15 COOVER, Robert. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial.* Trad. Cristian Courtis. Gedisa. Barcelona, 2002. Pág. 22-3.

16 CHASE, Oscar. *Op. Cit.* Pág. 133.

17 TARUFFO. *Sobre la fronteras.* Pág. 25.

18 Oscar Chase, en *Derecho, cultura y ritual (Op. Cit. Cap. I)*, hace una excelente descripción del sistema de solución de conflictos basado en el oráculo Bengé.

19 GARAPON, Antoine. *Ibid.* Pág. 26.

20 GARAPON, Antoine. *Ibid.* Pág. 39.

21 FERRAJOLI, Luigi. *Cultura Jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del Siglo XX.* Trad. Antonio de Cabo. Palestra, Lima, 2010. Pág. 15.

afán sistematizador, pero comprendiendo la recíproca influencia de unas zonas o esferas hacia las otras, debemos descender del paraíso de los conceptos al purgatorio de las normas y después al infierno de los actos procesales. Pero el viaje del paraíso al infierno es de ida y vuelta y con un paso forzoso por el purgatorio”²².

2. Ensamblaje de la relación Estado-Jurisdicción: Capacidades, puntos de inflexión, y lógicas organizativas

En este sentido, la trayectoria y ensamblaje de la relación entre “Estado – Jurisdicción” es un presupuesto para la producción de un sistema procesal dado que un estudio basado sólo en el “proceso” o sus elementos, como tal, deviene en una trampa de “endogeniedad” académica.

La hipótesis inicial sería tratar de explicar la existencia y evolución de un “sistema procesal” o “sistema formal de resolución de conflictos” a través del crecimiento y de la interdependencia de los conceptos “Estado” y “Jurisdicción” que no son simples atributos sino institucionalizaciones complejas que se constituyen mediante procesos específicos y surgen de luchas e intereses conflictivos. Son interdependientes y a su vez específicas, condicionadas por el nivel de formalización e institucionalización, ensamblando en estructuras concretas en distintos lugares y momentos variando el tipo de instrumento denominado “proceso” que se constituye y en el modo de inserción a través de esta relación.

Para entender estos procesos de transformación y ensamblaje de esta relación “Estado-Jurisdicción” tres elementos constitutivos serán necesarios, las denominadas capacidades, puntos de inflexión y lógicas organizativas²³.

Las “capacidades” son producciones colectivas cuyo desarrollo requiere tiempo, construcción, competencia y conflictos, y cuyas utilidades son multivalentes, pues dependen de los sistemas de relaciones en los que operan, por ello una capacidad determinada puede contribuir con la formación de un sistema de relaciones al que no le dio origen²⁴ se entienden así como atributos de la persona y de la colectividad, valores, creencias, etc. que determinan las estructuras sociales, políticas y económicas y van evolucionando conforme se va desarrollando la relación.

El “punto de inflexión” es fundamental en tanto que articula el desplazamiento de una era a otra, caracterizada sobre la aparición, formación, consolidación y extinción del Estado, que va capturando sus principales componentes sociales, económicos y políticos, entre ellos, el concepto “jurisdicción”. En la producción de esta transformación los actores y prácticas informales a la larga pueden llegar a formalizarse, estableciendo lo que prevalece sobre lo que aún no prevalece como elementos a tener en cuenta para el desarrollo o evolución de la relación propuesta.

La “lógica organizadora” que va desde un orden “centrípeto” del Estado en la Edad Antigua y hacia un orden “centrífugo” tal como se dio en la Edad Media que fuera sostenido por varios sistemas normativos, para regresar nuevamente al orden centrípeto del Estado-nación, signado por una normatividad dominante y nuevamente hacia lo centrífugo de lo global, que disgrega esa normatividad dominante en múltiples sistemas normativos parciales, tomando en cuenta la escala mundial de las operaciones político-económicas.

La transformación de una lógica organizativa no implica necesariamente la eliminación de todo aquello que constituía el orden anterior. “Las capacidades y los puntos de inflexión son categorías mediadoras que se prestan para captar, o deducir, esa característica de las transformaciones fundacionales, pues desarticulan el todo en una serie de capacidades, algunas de las cuales mueren con la caída del orden anterior y otras no”²⁵.

Un primer objetivo será proponer una matriz a través de la identificación de las capacidades, puntos de inflexión y lógicas organizativas pertinentes para el ensamblaje de la relación Estado-Jurisdicción a través de su formalización e institucionalización del sistema formal de resolución de conflictos.

A través de los conceptos de legitimidad de la autoridad y ejercicio del poder, no sólo en el aspecto formal sino también ideológico, establecidos en la forma del ejercicio del poder no sólo legítimo y sino también efectivo que son determinantes²⁶, la estructura social, el modo de producción económico y el modelo político, nos presentaría las capacidades, las cuales se desarrollan en distintos puntos de inflexión como son la Edad antigua, moderna, contemporánea y una nueva edad llamada de la informática o la información, que con distintas lógicas organizadoras, tal como se ha mencionado, van desde una lógica organizacional centrípeta basado en una normatividad dominante del Estado para luego devenir en una lógica organizacional centrífuga, basada en una normatividad multiforme y parcial propia de la Edad Media y de la Era de la globalización, que en conjunto sería el “contexto cultural”.

El resultado de esta interpretación sería la forma institucionalizada de resolución de conflictos, es decir, verificando el “contexto cultural” de determinado estadio de evolución de la humanidad se puede apreciar las distintas formas de mecanismo de resolución de conflictos institucionalizados o formales que se originan en la lógica de la trayectoria del ensamblaje de la relación Estado-Jurisdicción, haciendo la salvedad que el paso de un estadio de evolución hacia otro no siempre se presenta de modo segmentado y continuado, sino que más bien significa avances y retrocesos con trayectorias singulares, distintas en intensidad y dinámica en las diferentes regiones en que este desarrollo se produce:

22 GÓMEZ LARA, Cipriano. *Sistémática Procesal*. Oxford University Press, México D.F., 2006. Pág. 132.

23 SASSEN, Saskia. *Territorio, Autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes medievales*. Trad. María Victoria Rodil. Editorial Kats, 2010, Buenos Aires. Pág. 24-27.

24 SASSEN, Saskia. *Op. Cit.* Pág. 27-8.

25 SASSEN. *Ibid.* Pág. 26-31.

26 BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Trad. José F. Fernández Santillán. Fondo de Cultura Económica. 12ª reimpresión, México D.F, 2006. Pág.123-7.



a) La lógica de la justificación de la dominación

En un primer estadio, que coincide con la Edad Antigua, el concepto de legitimidad de la autoridad estaba sustentado por el concepto “fuerza”, lo que justificaba la dominación. La forma económica de producción se basaba en la esclavitud que a su vez determinaría el estatus social, dado que se encontraría en la cúspide del prisma social y económico aquel que poseía la “libertad” plena, estando en el nivel inferior de dicha pirámide los que carecían de esta cualidad que serían los “esclavos”, en consecuencia, la libertad era el elemento constitutivo de la política en la ciudad²⁷ y la guerra tenía como fin el intercambio de este estatus, de libre a esclavo y viceversa.

En el aspecto económico, la percepción de momentos de riqueza marcan una diferencia entre los miembros del grupo quienes por su capacidad se ven superiores al resto, generando el individualismo, la división del trabajo y tiene como efecto que la vida en sociedad se convierte más difícil y compleja. La división del trabajo diferencia a las personas de acuerdo a su ocupación u oficio, y con ello quienes poseen mayor amplitud para desarrollar actividades más funcionales y vitales toman algo más de la riqueza del grupo. Así comienza a valorarse el trabajo de forma distinta, porque a mayor capacidad laboral mayores también los beneficios que se obtienen, facilitándose la acumulación de riqueza. En este contexto la guerra adquiere otra dimensión, pues los fines de ésta eran la toma de prisioneros para convertirlos en esclavos y obtener obra de mano barata.²⁸

La organización política estaba sustentada por el concepto de “comunidad”, la ciudad, “la civitas”, la “comunidad de los ciudadanos”, la cual estaba conformada por todos los

sujetos que gozaban del estatus especial “libertad”, “aquí se encuentra la separación fundamental entre las dos categorías de seres humanos que constituyen la sociedad antigua. Los “ciudadanos”, los hombres “libres” pueden o no participar en el gobierno de la ciudad. No por esto son menos “libres”.²⁹

Se trata del ejercicio de poder anónimo sobre la base de una estructura unilineal, la residencia y la estructura social que se constituye en un principio en el clan, forma que penetra hasta los albores de la Roma Imperial. Esta unidad social, es la unidad política de base y autosostenible, depositario de la propiedad de la tierra y con la facultad de hacer la guerra, en donde se resalta la ausencia de un titular personalizado del poder político, tomándose las decisiones al interior del grupo en forma individual o por grupo pero de acuerdo a circunstancias temporales y espaciales, horizontalmente.

Este mismo impulso invadía y disciplinaba las relaciones de la reciprocidad paritaria entre los jefes de familia (ya en la primera Edad de Hierro ‘par’ es un monosílabo arcaico, quizá de origen etrusco que indicaba la igualdad de cada miembro dentro de la comunidad de agricultores-guerreros); y habría sido el terreno propio del *ius*: un campo que la mentalidad romana nunca habría identificado por completo con los poderes del rey, para reservarlo a la acción de algún modo soberana de los *patres*, dependientes en forma directa sólo de vínculos religiosos no coincidentes con la esfera de la realeza. Es el germen originario –el núcleo generativo– del disciplinamiento autónomo de una trama ‘privada’ de la vida comunitaria (también *privus* es una palabra arcaica) donde eran elaborados los presupuestos familiares y patrimoniales de la ciudadanía, irreductiblemente diferentes del orden político.³⁰

27 SCHIAVONE, Aldo. *IUS. La invención del derecho en Occidente*. Trad. Germán Prosperí. Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2009. Pág. 90.

28 NÚÑEZ, Roberto. “Poder Político, Constitución y Estado”. En: *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. AA.VV, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Pág. 29.

29 GRIMAL, Pierre. *Los extravíos de la libertad*. Trad. Alberto Bixio. Gedisa, 2ª Edición, Barcelona, 1998. Pág. 12.

30 SCHIAVONE, Aldo. Pág. 72-3.

En secuela, en el aspecto jurídico se desarrolla la idea de justicia bajo la concepción primaria de la venganza en donde se responde agresión por agresión, y luego en un estadio más avanzado se decide trasladar esa justicia a una autoridad encargada de aplicarla, pensando más en el interés del grupo antes que en el interés del particular, al cual se le añadiría luego la reparación económica del daño causado por la conducta antisocial que buscaba la transacción entre el agresor y la víctima.

“Es una constante (...) que a medida en que crece y se intensifica el poder y el arbitrio del juez, disminuye también el formalismo, correlativo elemento de contención de este poder.”

De esta manera la forma de solución de conflictos se daba a través de la venganza privada, que de una u otra forma fue reglamentada posteriormente, y ulteriormente absorbida por la economía del sistema de pruebas. *“Así, el formalismo de los procedimientos basados en las ordalías cede gradualmente el lugar a técnicas cada vez menos formalistas, pero también más flexibles y eficaces, de descubrimiento de verdad de los hechos, de las que los jueces se sirven regularmente.”*³¹

De esto resulta que la comunidad se convertía en el espacio público en el cual se ventilaba el conflicto. El proceso o la solución del conflicto no validaba este resultado sino la realización del mismo ante la comunidad, *“En torno al carácter compartido de estos rituales, desarrollados en ventaja de todos los patres, se formulaba la vida colectiva de la ciudad. La idea misma de un espacio “público”, aunque en sentido material, físico, nació justo en Roma como experiencia de un espacio ceremonial y religioso.”*³²

Las relaciones (verticales) entre los dioses y los hombres, y las relaciones (horizontales) entre los *patres* –que implicaba también la presencia de lo divino– eran elaboradas sobre la base de la misma cultura, reflejaban los mismos comportamientos: la propensión ritualista y la cautela verbal dominaban a ambas, se deslizaban de un campo a otro. El ceremonial contractual de las relaciones con la divinidad, los ritos (referentes a sacrificios o no) como garantía de su ira se volvían simetrías formularias en las relaciones entre los jefes de familia, redes de reciprocidad aseguradas por comportamientos gestuales y verbales orientados a alcanzar el mismo objetivo.

La armonía con lo sobrenatural y la buena convivencia entre los *patres* eran valores esenciales en una comunidad donde los equilibrios eran siempre precarios. *“En el fondo, se repetía el mismo esquema: no había paz, ni teológica, ni social, sino en el cumplimiento del rito. Fuera*

*acechaba siempre la sombra inminente de la violencia devastadora”*³³. Justo en torno a la exigencia de exorcizar la violencia y la inestabilidad probablemente se haya construido el primer horizonte mental de la ciudad.

En las XII Tablas se refleja la imagen de una dura sociedad de ciudadanos, controlada por una cerrada aristocracia de linaje rigurosamente patrilineal y patriarcal, en transición de una comunidad todavía dominada por las relaciones de clan, hacia una estructura más propiamente política, organizada en torno a núcleos familiares que constituían células económicas con tendencia autárquica –trabajo agrícola sobre todo, pero también manufacturas elementales–, si bien implicadas dentro de los mecanismos de intercambio de una cierta consistencia.

Afloraba, en consecuencia, en los procedimientos de las XII Tablas un mundo suspendido entre religiosidad, magia y precoz prescripción laica. Su objetivo era el de sustituir el enfrentamiento físico entre los contendientes por su puesta en escena ritual, y por eso pacífica y simbólica.

Las pretensiones opuestas eran sometidas a fórmulas rígidamente establecidas, puestas en escena ante el ojo atento del magistrado, que oficiaba la ceremonia. En el procedimiento las partes se confiaban a una suerte de apuesta que habría empeñado al perdedor a otorgar a la comunidad un importante resarcimiento. Una vez que este rito se hubiere cumplido, la controversia no existiría más que en los términos de su transfiguración simbólica: los contendientes, con el conjunto de las propias razones y de la propia fuerza, social y física, se habían transformado en los actores de un ritual, donde desempeñaban roles simétricamente contrapuestos. La posibilidad de la violencia había sido de este modo alejada y mantenida fuera de la comunidad una vez más.³⁴

El resultado de la intervención de la magia o de la divinidad en la solución de contiendas y en la creación de normas nuevas es el carácter estrictamente formal de todo procedimiento jurídico primitivo, estos medios sólo sirven para resolver como es debido la cuestión correctamente planteada.

El proceso surge como el más antiguo “negocio jurídico” ya que se basa en un contrato (*litiscontestatio*, contrato de expiación, etc), de aquí que el mismo principio sea aplicable a los negocios jurídicos privados cuya celebración, tanto en el derecho romano estricto, como en los albores de la Edad Media, exigía formas solemnes y cada alteración, aunque sea pequeña, de la fórmula mágica dotada de eficacia origina la nulidad del acto.

Primitivamente no se ofrecen medios probatorios para acreditar la verdad o falsedad de un hecho, de lo que se trata en un principio es de investigar qué partes y en qué forma pueden o tienen que plantear ante los poderes mágicos las cuestiones que “jurídicamente” les conciernen³⁵ el carácter formal del proceso coexiste con el absolutamente irracional de los medios de decisión.

31 TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*. Trad. Daniela Accatino Scaglioti. Marcial Pons, Madrid. 2010. Pág. 24.

32 SCHIAVONE, Aldo. *Op. Cit.* Pág. 85.

33 SCHIAVONE, Aldo. *Op. Cit.* Pág. 89.

34 SCHIAVONE, Aldo. *Op. Cit.* Pág. 126.

35 WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica*. 17ª Edición. 2008. México. Pág. 519.

Luego, no importa la verdad del hecho, sino reforzar el derecho que se reclama. La rígida adhesión a la forma responde por un lado a un mecanismo para apaciguar las pasiones en los reclamos, lo cual se realizaría a través de la fórmula, sin embargo, más importante resultaría la función de actuar como control para evitar la “justicia natural” y someter el caso individual al juzgamiento común. En consecuencia, aunque resulte paradójico, se podría hablar de un “sistema de libre valoración”, lo cual sería inexacto, en tanto que la prueba no se refería la verdad de los hechos, sino a establecer la correspondencia entre la fórmula y el derecho.

De la evolución de la “*legis actiones*” a la “*extraordinario cognitio*”, pasando por el “proceso formulario” se aprecia un progresivo aumento de la autoridad estatal que determinaría la disminución de la influencia de la fórmula en el proceso. Es una constante, en esta etapa, que a medida en que crece y se intensifica el poder y el arbitrio del juez, disminuye también el formalismo, correlativo elemento de contención de este poder.

En esta etapa en lo tocante a la asunción y valoración de la prueba el “*iudex*” gozaba de la más amplia libertad de conciencia y nada vinculaba su convencimiento personal, sin embargo, la carga de la prueba era exclusiva de las partes. Se registra la plenitud de la oralidad, debido a la íntima y profunda función de la prueba. Sin embargo, esta libertad de convencimiento no proviene de una conciencia procesal madura, ni esta libertad representa el mecanismo más idóneo para la reconstrucción histórica de los hechos y la investigación de la verdad. El fenómeno solamente refleja el desinterés del Estado y del derecho en relación al juicio de hecho, básicamente porque el “*iudex*” no era un órgano estatal sino un simple ciudadano, actuando más como instrumento de las partes que como verdadero sujeto del proceso.

En este sentido es pertinente la apreciación de Engelman, “*en el sentido de que en el proceso romano en el tiempo de la República y del Imperio estaría a la altura de las más modernas concepciones tanto en la apreciación como en la investigación de la verdad. Conclusiones de este orden son peligrosas, pues no tienen en cuenta las etapas de desarrollo cultural de las instituciones y de los pueblos, igualándolas sin atender a las naturales diferencias provenientes de aquellas*”.³⁶

La situación empieza a cambiar en el proceso post clásico de la “*cognitio*”, anulándose paulatinamente la libertad de apreciación, dando lugar a un procedimiento normado de valoración. El juramento desempeña un papel más importante, se crea el deber general de testimoniar, se introducen reglas sobre el número de testigos necesarios y se privilegia el valor probatorio de los documentos. En los años 400 y 500 D.C. se detecta una modificación de crucial importancia en el formalismo procesal con relación a los efectos a ser atribuidos a los diferentes medios de prueba, especialmente en forma de instrucciones para el juez, en función del celo de los emperadores y por cierta

inclinación de los magistrados a determinar la cuestión de hecho tomando los principios generales, con miras a escapar de las sospechas a que estaban seriamente expuestos. Así, en el Bajo Imperio, como reacción al gran poder que estaba concentrando la autoridad encargada de los juzgamientos, se comienza a perfilar el inicio de la prueba legal, la cual se generalizó y afirmó como sistema en el proceso medieval y común.³⁷

Este desarrollo tuvo como origen el enfrentamiento o conflicto de dos hipótesis institucionales y de poder. El primer modelo en cuestión tenía su centro en la restauración de un intransigente primado por parte de viejos grupos gentilicios. El segundo proyecto tendría a contrastar la preeminencia patricia, y a proyectar más fuerza sobre la escena política a las masas plebeyas.

Luego la ciudad se encontró enfrentada a dos hipótesis diversas de organización normativa y de disciplinamiento social. Uno fundado en el paradigma, específicamente romano del *ius*; como expresión o producto de un saber civil profundamente integrado en el cuerpo de la *civitas* que se organizaba según criterios particulares “*iuris prudentia*”; y el otro en cambio, en el griego y mediterráneo *lex*³⁸ vinculado a su significado originario con la indicación de un acto de imperio del poder político ciudadano, un poder que se ubicaba en un plano distinto del disciplinamiento religioso, destinado a actuar a un nivel diferente de la vida comunitaria, sólo humano o ciudadano provisto de la fuerza de una sanción coercitiva. Un término cargado de ideología que designaba un paradigma de soberanía formando un trinomio inseparable –ley, escritura, laicidad– capaz de oponer la certeza de lo cognoscible y de la estabilidad al arbitrio de una regla religiosa o consuetudinaria, manipulable a su gusto por quienes detentaban el poder, “*la exarncación del precepto a través de su representación gráfica, presuponía de hecho, la desintegración de la figura del rey sacerdote, garante y fundador místico, a través de su persona, de toda regla social*”.³⁹

Quedaron dividida así las tareas del *ius* y la *lex*, como disciplinamiento civil y regla política, función que se traspasa al proceso o procedimiento que por un lado estaba basado en la regla y por otro, permitía la elasticidad para buscar la formulación que permitiese calificar las pretensiones opuestas en términos que consintieran un ejercicio de la *iuris dictio* más adecuado a la realidad de las necesidades.

b) La lógica de la justificación de la coerción

El primer punto de inflexión, corresponde con el segundo estadio de la evolución de la humanidad que coincide con la Edad Media. El concepto de legitimación de la autoridad varía de la “fuerza” hacia “Dios” para esta forma justificar la coerción, castigo del pecado, o desobediencia a la autoridad que obtiene el poder de la divinidad como bien particular “*lo que desde sus orígenes, diferencia a la penitencia cristiana de los procesos de purificación y confesión extendidos en las religiones primitivas, aunque por supuesto de ellos persisten*

36 ENGELMANN, Arthur. *The Roman Procedure, en A History of Continental Civil Procedure* (trad. Robert Wynes Millar) New York, Kelley, 1969. Pág. 363-364.

37 ALVARO DE OLIVEIRA. *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo–valorativo)*. Palestra, Lima, 2007. Pág. 56-57.

38 SCHIAVONE. *Op. Cit.* Pág. 107-9.

39 SCHIAVONE. *Op. Cit.* Pág. 111.

rastros aún en nuestros días, es la importancia jurídica del proceso penitencial”⁴⁰

El sistema de producción económica varía hacia un sistema feudal, en el cual el derecho a la propiedad terrateniente-agrícola sería el que determinaría la estructura social, ocurriendo que los que ahora se encuentran en la cúspide de la pirámide social-económica son aquellos quienes poseían este derecho, el señor feudal, y los que estarían en la base de la pirámide social-económica, son los servidores de la propiedad o vasallos. Se origina el fenómeno de la formación de los Estados, como consecuencia de la separación de la autoridad política de la comunidad, la que concentrará el poder, y en consecuencia, se reemplaza la venganza privada por el traslado de la decisión hacia la autoridad para el caso concreto basado en la equidad, es decir, a través de la jurisprudencia.

Luego, el “Estado se vuelve central en el proceso no porque este bien preparado para la creación del derecho, ni porque los porqué los procesos culturales de otorgar significado a la actividad normativa cesen en presencia del Estado. El Estado adquiere un lugar central sólo porque, resulta de un acto de compromiso que constituye el aspecto central del significado jurídico. Y la violencia representa una medida y un examen extremadamente del compromiso”⁴¹

El fraccionamiento del poder y feudalismo surge a partir de la desarticulación del poder del imperio romano y de su fragmentación en manos de diversos individuos, quienes lo ejercían en pequeños territorios, llenando el vacío de poder dejado por el antiguo Estado de Roma que concentraba el ejercicio de esta cualidad. Las relaciones que se vivían en esclavitud fueron reemplazadas por las de servidumbres entre el señor y los siervos que se habían acogido a su mando, a través del “pacto feudal” dando lugar a una nueva estructura de la organización social. El derecho sobre la tierra era determinante para definir la posición social y el poder político.

De otro lado, la iglesia se desarrolló ganando preponderancia política y territorial, como una organización unitaria y disciplinada, con recursos económicos y culturales propios, además de una enorme influencia sobre las creencias y conductas de todas las personas. Vislumbrando así la existencia de dos poderes paralelos, uno terrenal y el otro religioso, en relaciones de competencia, conflicto o cooperación de acuerdo a las necesidades políticas coyunturales.

Esta situación dio origen a la teoría de las dos espadas. De un lado la teoría eclesiástica defendía el poder predominante de la Iglesia sobre el Estado, basada en su carácter universal y cristiano y de su predominancia en el mundo, como parte de los designios de Dios que fue su organizador; de este modo, se debería contar con un mismo derecho y un gobierno acorde con este, y de otro lado, estaban quienes abogaban por

la superioridad del poder del Estado sobre los demás poderes, incluido el espiritual, en cabeza de la Iglesia. En otros casos se planteó una colaboración entre ambos poderes, entregando al Estado el manejo de los intereses terrenales y la iglesia se encargaría de manejar los asuntos referentes al plano espiritual. Pero en últimas, el problema desembocaba sobre quién designaría al monarca o gobernante supremo en cada caso⁴². En esta línea, la justicia tomó un carácter más privado debido a la existencia de poderes disgregados a través de los diversos dominios territoriales.⁴³

El universo medieval se caracteriza por expresar un poder político incompleto, entendiéndose por ello no sólo la falta de efectividad, sino también por la ausencia de un proyecto totalizador, omnicomprensivo, “En otras palabras el poder político no pretende controlar todos los ámbitos de la sociedad; se caracteriza por una sustancial indiferencia hacia las zonas de la sociedad –amplias e incluso amplísimas- que no interfieren directamente con el gobierno de la cosa pública”⁴⁴ de lo cual se extraen las siguientes consecuencias, primero que la sociedad autónoma se plasma en miles de combinaciones desde lo político a lo económico, del estamental al profesional, del religioso al familiar, proponiendo diversas figuras corporativas, atado a una psicología colectiva recurrida por la inseguridad general y señalada por la humildad de sus individuos, desarrollándose a través de dos protagonistas por un lado la naturaleza y por otro lado la comunidad, como nicho indispensable para el desarrollo del individuo concebido como una abstracción dentro de la red de relaciones ofrecidas.

El derecho brota como realidad histórica que nace en la sociedad, no estando atado al poder político, le es suficiente la “plástica” organización comunitaria de la cual nace y hacia la cual va reposando en los estratos profundos y duraderos de esta, fundiéndose, pues la dimensión jurídica que no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de mandatos simples separados de una realidad social y por lo tanto enraizada en esta.

Al no emanarse de autoridad individual política, el derecho tiene una realidad ontica, pertenece a un orden objetivo, a la naturaleza de las cosas donde se puede y se debe descubrir, y por ello se concibe como interpretación, en el trabajo de una comunidad de juristas, que sobre la base de textos autorizados lee los signos de los tiempos, pasando de una dimensión subjetiva a una dimensión objetiva. La función de ordenar, como límite a la libertad, se identifica con la razón como actividad cognoscitiva prevalente sobre la actividad volitiva que se materializa en la *lex*, pero que no es sólo forma y mandato, sino un contenido sustancial y lectura de la realidad con una verdad contenida en el cual está inserto el orden proyectado y actuado por la Divinidad.⁴⁵

La Edad Media fue un período de interacciones complejas marcadas por la multiplicidad de formas de sujeción

40 PRODI, Paolo. *Una historia de la justicia*. Trad. Luciano Padilla López. KATS, Buenos Aires, 2008. Pág. 34.

41 COOVER, Robert. *Op. Cit.* Pág. 25.

42 NUÑEZ, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 41.

43 NUÑEZ, Roberto. *Op. Cit.* Pág. 41.

44 GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez Neira. Trotta. Madrid. 2003.

45 GROSSI, Paolo. *Op. Cit.*

territorial, la ausencia de una autoridad territorial exclusiva, la existencia de diversas jurisdicciones superpuestas que en vista que la sujeción territorial se convierta en autoridad exclusiva y la aplicación de los derechos a determinadas clases de personas más que a unidades territorialmente exclusivas. El feudalismo se caracteriza como un sistema marcado por la multiplicidad de unidades, la economía en especie y el surgimiento de lazos personales.

En este mismo terreno socio económico marcado por el feudalismo del final de esta Edad Media surge la separación entre el *civil law* y el *common law*. A manifiesto de Van Caenegem, "hasta el siglo XII el derecho inglés y el continental pertenecían notablemente a una sola familia legal, germánica feudal, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental"⁴⁶. Sin embargo, tiempo después, el derecho romano y el procedimiento romano canónico transformaron el continente, mientras que en Inglaterra surgió un derecho nativo y común a todo el reino durante el reinado de Enrique II, al establecerse ciertas reformas para modernizar la organización y el procedimiento del derecho inglés antes que el derecho romano apareciera, a través del establecimiento de jueces reales con jurisdicción de primera instancia para todo el reino para litigios sobre tierras y la introducción del jurado en los casos civiles y penales como medio de prueba estándar, creándose un derecho feudal común en estas cortes por lo que no se sintió la necesidad del modelo neo romano.

Más allá del detalle histórico la explicación estructural del desarrollo del modelo inglés, no se debió a un supuesto "espíritu nacional" en tanto que su origen fue más bien anglo-normando de fuente francés medieval, y en la medida que ningún trasplante legal podría ser de ayuda, a consecuencia que había una ausencia y dispersión de poder que obligo a "usar y volver a darle forma al material existente para convertirlo en algo nuevo y adecuado"⁴⁷.

En tal sentido, mientras que en el continente se dio una revolución urbana para la modernización del derecho en Inglaterra se dio una revolución rural para este mismo fin, lo que a la postre fue dando las características fundamentales entre estos dos sistemas.

Así el derecho del *common law* se basa sobre la idea de la "relación" y de las consecuencias jurídicas que de ellas dependen, garantías, deberes, incidencias teniendo como modelo original la institución feudal del Derecho del *landlord* and *tenant* (señor de la tierra y tenedor de la misma). Mientras que en el derecho del *civil law* se sustenta en el negocio jurídico como acuerdo de voluntades como un acto dirigido voluntariamente a producir resultados que el derecho reconoce como el efecto deseado por las partes, desempeña una piedra angular, como institución creada en una *civitas* de familias patriarcales con un sistema de normas destinadas a salvaguardar la paz entre sus jefes.⁴⁸

Es decir, la "relación" y la "voluntad" son los ejes opuestos en que se sustenta el desarrollo de ambos sistemas, pero esto sólo fue posible debido a la estrategia de modernización del derecho en dos aspectos socio económicos distintos, uno que tenía como polo el sector agrícola rural y otro que se fija el desarrollo urbano, en el cual el sector burgués se alinea con el derecho romano en su función de su interés, pues cuenta con teorías elaboradas sobre la propiedad privada y los medios para garantizar el cumplimiento contractual.

En síntesis se puede decir que el orden jurídico medieval es una combinación del derecho canónico, el derecho "vulgar romano" y la costumbre, con elementos de derecho consuetudinario, fenómenos que son la formalización de la nobleza y con el paso del tiempo de una variedad de ordenes jurídicos particulares, con resultados variables de esta combinación sobre todo en las áreas que recibieron distinta influencia de Roma y las que se vieron más afectadas por las invasiones germánicas, que obedece a las diferentes culturas político económicas que se desarrollan a partir del ascenso de las ciudades como organizaciones territoriales pero concebida como un sistema de territorialidades dispersas, insertadas en un terreno más amplio y difuso con jurisdicciones superpuestas, ubicándose las ciudades como un espacio central de una economía local, como una red translocal de ciudades y circulación de capital, y en otros casos como formaciones potencialmente sometidas a un poder estatal de carácter territorial, siendo esta última dimensión la que fijaría el rumbo hacia el Estado Nación.⁴⁹

En esta primera etapa el fenómeno a percibir es como la relación Estado-Jurisdicción-proceso que se plasma durante la Edad Media determina una forma singular de los mecanismos de solución de conflictos en la cual prevalece la decisión sobre la forma, mediante un proceso de tipo "isonómico", denominado así porque está construido sobre la base del principio del contradictorio y la igualdad de partes ante el fenómeno político de la ausencia de la unidad de jurisdicción producto de las relaciones sociales y económicas en dicho tiempo.

En dicho sentido, en toda Europa Medieval no había unicidad de la jurisdicción, sino pluralidad de ordenamientos y cada uno tenía sus propias formas de justicia debido a la separación durante tres siglos entre la "justicia feudal" ejercida sobre vasallos y labradores por una Corte Feudal compuesta por el señor Feudal y los vasallos y la cual resolvía los conflictos respecto relaciones entre vasallos y a veces de las relaciones entre los vasallos y el señor feudal, de otro lado, y la "justicia señorial" que se aplicaba al todo el territorio del señorío por obra de jueces monocráticos nombrados por el señor, diseñada para la regulación de la relaciones internas a la comunidad local, y luego con la evolución económica social, hacia la urbanización en la que deberían asumir un rol no secundario, cuanto menos para los primeros grados de juicio.⁵⁰

46 VAN CAENEGEM, R.C. *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*. Palestra, Lima, 2011. Pág. 124.

47 VAN CAENEGEM, R.C. *Op. Cit.* Pág. 127.

48 POUND, Roscoe. *El Espíritu del "Common Law"*. Trad. José Puig Brutau. Bosch, Barcelona. Pág. 34 y ss.

49 SASSEN. *Op. Cit.* Pág. 87.

50 PICARDI, Nicola. *La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio*, Palestra, Lima, 2010. Pág. 154.

A estos tipos de justicia debían añadirse además otros tipos de justicia, también de origen medieval, como la justicia obispal, la justicia mercantil. “Semejante formalismo estuvo fuertemente influido por la fragmentación del Estado y por la debilitación de la idea de jurisdicción como función estatal, pulverizada en diversos procesos (populares, regios, imperiales, feudales, eclesiásticos, comunales), por no hablar de una necesidad de que el juez obtenga la adhesión social del grupo que representaba”⁵¹. Situación que se extendió hasta la Revolución Francesa, en la que la jurisdicción en el antiguo régimen estaba extremadamente fragmentada en una serie de órganos judiciales de diverso origen y autoridad, “así en Nápoles, todavía a inicios del siglo XIX habían instalados 114 órganos investidos de poderes jurisdiccionales”⁵². Esta fragmentación de la jurisdicción hizo provenir innumerables conflictos de jurisdicción y competencia, y correspondía también a la fragmentación de los procedimientos.

Desde siglo XIII el “*ordo iudicariis*” logra imponerse en el camino de la Edad Media hacia la Edad Moderna, que resultó de la fusión de los elementos romanos extraídos del Codex Justiniano con la regulación emitida por la Iglesia para el proceso canónico y “constituyo una especie de modelo universal del proceso civil”⁵³, “el ordenamiento romano del Imperio de Oriente, al cual el trabajo legislativo de Justiniano había dado características definitivas, sobrevivió al Imperio Bizantino de la Edad Media. Adquirió todavía un nuevo prestigio con el renacimiento de la ciencia jurídica romana en el siglo XI, gracias al esfuerzo realizado por la Escuela de Bolonia de imponer el Corpus Iuris Civilis. De tal modo engrandecido por la obra de los glosadores, el proceso justiniano se convirtió, junto con el proceso canónico, por su recepción en la mayoría de los países europeos, en el fundamento de sus ordenamientos procesales”⁵⁴, “El *ordo* ofrece un esquema normativo de lo que debiera ser el procedimiento correcto y apropiado, se advierte claramente que se trata de un modelo complejo y sofisticado, compuesto por muchas partes y por una secuencia de actos y actividades, pero resulta igualmente evidente que el procedimiento está claramente separado en fases y momentos que siguen un orden bien definido”⁵⁵, en donde el procedimiento era considerado manifestación de una razón práctica y social que se realizaba en el tiempo a través de la colaboración de la praxis de los tribunales y de la doctrina. La praxis siempre que fuera “*rationabilis*” debía ser observada incluso “*contra ius*”, de otro modo los actos procesales hubieran sido inútiles y el juez estaría expuesto a responsabilidad. “Se reconocía al tribunal el poder de establecer los modos mismos de su actuar; el procedimiento, con su carácter público, argumentativo y justificativo, representaba un capítulo de la dialéctica. El *ordo* “*iudicariis*” tenía naturaleza originaria y, en un cierto sentido, extra estatal; ninguno ni siquiera el Papa hubiera podido prescindir de aquél”⁵⁶.

La clave del procedimiento medieval se resolvía en una regulación del diálogo que aseguraba reciprocidad e igualdad a las partes, dando lugar a la formación de un proceso tipo “*isonómico*”, por el cual el fundamento de este proceso está representado por el “*contradictorio*”, considerando como metodología para alcanzar la verdad, representando el instrumento para la búsqueda dialéctica de una “verdad probable”, que se ajusta al modo tópico entre la discrepancia recíproca de las partes.

El “*contradictorio*” constituía la estructura importante con relación al tema de la prueba, porque ninguna prueba puede ser puesta como fundamento del juicio si no ha sido sometida previamente a un control crítico de las partes. Garantizaba la igualdad entre los gobernantes y gobernados, entre el juez y las partes y entre las mismas partes. El juez tenía carácter profesional y no burocrático, y asumía una posición neutral, en tanto su función era la de elegir, en el contradictorio de las partes, entre dos hipótesis argumentativas, evitando toda “*perversio ordinis*”.

Es por ello que el “*ordo iudicariis*” estuvo basado en la “*dialéctica*” en oposición a la “*apodíctica*”, no tiene nada de riguroso ni científico porque en el campo del derecho nos encontramos frente a una realidad en movimiento, a cosas que pueden cambiar con la elección humana, se desarrolla en un lenguaje común, se detiene en el origen y etimología de la palabra, analiza a la luz de la dialéctica algunas definiciones propuestas que se confrontan con “*opiniones comunes*” y se eligen las definiciones que resistan el “*fuego de la discrepancia*”. Se analizan problemas prácticos útiles para orientar la conducta del juez y de las partes en el proceso. Se trata de una recopilación de puntos de vista, en forma de citas doctrinales y jurisprudenciales. Pero la casuística no está orientada a hacer evidentes ni a explicitar principios o reglas preestablecidas, el razonamiento parte del “*sensus communis*”, el precedente se utiliza como ejemplo y se utilizan los procedimientos argumentativos propios de la tradición “*tópica*”, desde este ángulo el interés de los procesalistas de la época estuvo orientado al procedimiento probatorio y al estudio de la patología de la argumentación para descubrir el error y el abuso⁵⁷. “*La ideología apriorística y formalística, el abstracismo escolástico de la época, encontraban en suma en el proceso medieval el espejo más impresionante y más fiel*”⁵⁸.

c) La lógica de la justificación de la legalidad

En el tercer estadio, el concepto de Estado territorial emergente se fortalece en un contexto donde la unidad nacional está aún lejos de alcanzarse y su propia autoridad es débil, que a la larga se fusionan en unidades nacionales bajo el control de un soberano o en proceso de ser gobernadas por un soberano con autoridad absoluta.

51 DE OLIVEIRA, Alvaro. *Op. Cit.* Pág. 318.

52 A. DE MARTINO, Antico. *Regime e rivoluzione nel Regno di Napoli*, Napoles, 1972, p.a 83. Citado por: Nicola PICARDI en: *La Jurisdicción al Alba del Tercer Milenio*, Palestra, Lima, 2010, pág. 151.

53 TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos*. Marcial Pons, Madrid, 2010. Pág. 40.

54 CASER, Max. *Däs röminesches Zivilprozessrecht*, cit., § 1, II, 4, p. 5. Citado por: DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Del formalismo en el proceso civil (Propuesta de un formalismo-valorativo)*. Palestra, Lima, 2007.

55 TARUFFO, *Op. Cit.* Pág. 41.

56 PICARDI, Nicola. *Op. Cit.* Pág. 314.

57 PICARDI, *Ibid*, pág. 296.

58 CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideología y Sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo. EJEJA, Buenos Aires, 1974 Pág. 6.

Este proceso político se centró en la formación de una burocracia estatal orientada a obtener ingresos mediante un sistema tributario estandarizado, colocando al Estado en el primer lugar como agente económico de la época. Las formas abstractas de autoridad se distinguen de las formas concretas del poder material.

El concepto de soberanía resulta fundamental para la existencia del Estado nacional. La economía política específica de la territorialidad urbana que establece la posibilidad de que exista un sistema unitario con una ciudadanía que exige y elabora libertades civiles, a la vez que desarrolla formas de gobiernos seculares. En este sentido, la historia de la formación del Estado es la historia de la monarquía francesa desde los siglos XII al XVII que trata del fortalecimiento del Príncipe y de su percepción cada vez más precisa de la importancia del derecho en el proyecto estatal, y en consecuencia, de la exigencia cada vez más sentida de manifestarse como legislador.⁵⁹

Luego, el viejo pluralismo fue sustituido por un rígido monismo, el ligamen entre derecho y sociedad, entre derechos y hechos económicos sociales emergentes, es cortado, mientras se opera una suerte de centralización y canalización obligada, dándose la politización y formalización de la dimensión jurídica. Así, el derecho se transforma en un sistema de reglas autoritarias, mandatos pensados y abstractos e inelásticos, incriticable en su contenido, ya que su autoridad no proviene de su propia cualidad sino de la cualidad del legislador idea que se refuerza entre la forzada coincidencia entre la voluntad legislativa y la voluntad general⁶⁰ por ello la reducción del papel del juzgador a mero “aplicador de la ley” y el procedimiento legal como herramienta formal para este objetivo.

El desarrollo de la autoridad territorial resulta fundamental para explicar de qué manera influyó en la construcción del Estado-nación y del capitalismo nacional a escala mundial originada a partir del siglo XVI. La burocracia estatal surge para la obtención de ingresos, sobre todo por la capacidad de imponer gravámenes cada vez más estandarizados, y contribuyó a que el Estado se convirtiera en el principal actor económico durante ese período y a que actuara como el principal organizador de las operaciones económicas a escala mundial.

Ese fortalecimiento del Estado se produjo incluso en los casos en que la unidad nacional no se había logrado, así el desarrollo de las capacidades estatales y de la escala mundial surge como un elemento clave para la consolidación de la unidad territorial.⁶¹

El carácter secular del derecho urbano ubica los gobiernos urbanos por fuera de las jerarquías eclesiásticas y posibilita que cada ciudad desarrolle su propia variante del derecho urbano. Siendo este último apenas una variante entre varios órdenes jurídicos no religiosos (el monárquico, el feudal, el señorial, el

mercantil), por lo cual ninguno podría atribuirse la exclusividad sobre las ciudades, lo que a su vez fortalecía la alternativa de secularizar el gobierno urbano.⁶²

“Los burgueses se colocan de lado de los gobernantes que protegen el derecho a la propiedad privada y eliminan el duelo judicial proveniente del derecho germánico.”

La economía política de la territorialidad urbana se destaca por que los asentamientos urbanos de la edad media no constituían unidades políticas y jurídicas independientes, y los aumentos de productividad generaron un rápido crecimiento de excedente agrícola, lo que creaba una oferta para una población urbana cuyo sustento ya no se encontraba en el campo, produciendo los incentivos para innovaciones políticas y económicas, que determinaría el crecimiento de las ciudades en cantidad e importancia económica, constituyendo la ciudad un conjunto de estructuras sociales que fomentan la singularidad social y la innovación, creando las condiciones que empujan a mercaderes, artesanos, dirigentes y habitantes de la ciudad a innovar en la esfera política

La nueva clase de autoridad que se configura en este período, con carácter histórico específico y formalizado, encarna la jurisdicción territorial y la autoridad exclusiva sobre el territorio. Los límites de la soberanía pasan a ser geográficos, lo que supone la existencia de un acuerdo mutuo para el reconocimiento de una demarcación espacial de la autoridad política, surgiendo el principio de equivalencia jurídica⁶³. El desarrollo de un sistema “legítimo” de leyes y normas que privilegiaban el capital productivo.

El derecho urbano posibilita así el crecimiento y el cambio, y el derecho romano-canónico resultaba útil para desarrollar nuevas ideas y principios jurídicos que atiendan estas necesidades de modo sistematizado. Los burgueses se colocan de lado de los gobernantes que protegen el derecho a la propiedad privada y eliminan el duelo judicial proveniente del derecho germánico. Los poblados y los burgos propulsan un sistema judicial centrado en los principios, en la presentación de pruebas y en el funcionamiento de tribunales, más que en el ejercicio arbitrario del poder por parte de los reyes y de los señores feudales. Resultando propicio para sus intereses que el derecho se transforme en un ámbito de profesionales, lo que los coloca en una posición sistémica totalmente distinta a la de la nobleza con respecto al derecho. Debido a sus propios intereses, los burgueses materializan un desplazamiento hacia el pensamiento racional e instrumental en cuanto al derecho de propiedad y a los procesos jurídicos.⁶⁴

59 GROSSI. *Op. Cit.* Pág. 33.

60 GROSSI. *Op. Cit.* Pág. 34.

61 SASSEN, Saskia. *Op. Cit.* Pág. 42.

62 SASSEN. *Op. Cit.* Pág. 100.

63 SASSEN. *Op. Cit.* Pág. 121.

64 SASSEN. *Op. Cit.* Pág. 98.

La legislación se convierte así en el instrumento de dominación para “asimilar” la sociedad feudal estamental a través de una hegemonía política del poder legislativo que utilizó por primera vez un discurso o política social para asegurar socialmente un sistema de dominación “superestatal”, a través de la destrucción de las instituciones feudales como la división de la gran propiedad a través de la herencia, la prohibición de la servidumbre personal y la introducción de un concepto civil de propiedad, que sustituía el concepto de propiedad divisa y limitada por los derechos de otros, que tendía a destruir las relaciones señoriales y crear una sociedad liberalizada de propietarios, que deberían ser capaces de producir los rendimientos financieros y militares para la expansión del Estado, lo cual conlleva una externalidad o valor agregado al comercio en relación a la potencia del Estado. Pero la ideologización del programa de reforma con el fin de “las conquistas morales” no oculta que este programa estaba motivado por la política del poder.⁶⁵

Se aprecia, en consecuencia, que con el fenómeno de las revoluciones burguesas provocado por el enfrentamiento de una clase noble empobrecida y una clase burguesa en ascenso por la nueva forma de producción industrial y acumulación de riquezas, siendo el Estado “autónomo” el resultado de los conflictos materiales entre la burguesía y la aristocracia⁶⁶, que se distribuyen las cuotas de poder político, y la ley se convierte en el concepto de legitimación de autoridad que produce la formación de los Estados Nacionales, “el nacionalismo fue otro aspecto de la glorificación del Estado. El objetivo era un sistema legal nacional que expresaría los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación. Tal derecho nacional debería expresarse en un idioma nacional y debería incluir las instituciones y conceptos nacionales”⁶⁷, y la forma de solucionar los conflictos se realiza a través de la aplicación de la ley mediante las formas establecidas para ello, denominado procedimiento.

En este período se desarrolla el modelo procesal sincretista, praxista o procedimental denominado así por la confusión entre los planos sustancial y procesal del ordenamiento estatal⁶⁸ “los conocimientos eran puramente empíricos, sin ninguna conciencia de principios, sin conceptos propios y sin la definición de un método. El proceso mismo, como realidad de la experiencia frente a los juicios y tribunales, era visto apenas en su realidad física exterior y era perceptible a los sentidos: se confundía el mero procedimiento cuando lo definían como sucesión de actos, sin que se dijera nada sobre la relación jurídica que existe entre sus sujetos (relación jurídica procesal), ni sobre la conveniencia política de dejar el camino abierto para la participación de los litigantes (contradictorio)”⁶⁹

La jurisdicción se encaraba como un sistema puesto para la tutela de los derechos subjetivos particulares, siendo esta su finalidad principal; la acción era concebida como una prolongación del derecho subjetivo y el proceso simple procedimiento⁷⁰ concepción que respondía a la ideología de la revolución francesa por la cual la sola declaración del derecho implicaba su existencia, siendo subalterna su actuación jurisdiccional.

Así, la misión del magistrado se reduce exclusivamente a la aplicación de la ley, puesto que el derecho es apenas la libertad originaria del hombre que la ley habrá de imitar, siendo así la función del magistrado que queda reducida exclusivamente a la aplicación de la ley, pues ni el derecho será una categoría a ser determinada por el juzgador, cuanto más la justicia que, siendo una cualidad y no una cantidad, estará fuera de cualquier determinación segura e incontrovertible.⁷¹

d) La lógica de la justificación de la legitimidad

El itinerario que concluye con la primera mitad del siglo XIX asiste al triunfo definitivo del derecho positivo y de las constituciones como sistemas de garantías internas del Estado y de la codificación, pero todavía están lejos los grandes debates que se abrirán a fin de siglo acerca de la relación entre derecho positivo y constitución, y todavía no se avizoran en el horizonte los grandes peligros que se volverán evidentes con la Primera Guerra Mundial y las desviaciones totalitarias, sino que el sistema del Estado de Derecho, con sus constituciones y sus códigos, ya estaba delineado.⁷²

Es así que la historia de los derechos fundamentales está ligada al surgimiento del Estado Constitucional como forma de organización de poder y como sistema de representación de un nuevo sistema de gobernantes y gobernados, que surge como respuesta a los excesos del Estado Absolutista, cuyo pensamiento se debe al cambio de pensamiento respecto del papel de Estado y al lugar de las personas dentro de la organización estatal.⁷³

A finales del siglo XIX las dinámicas esenciales del desarrollo del capitalismo industrial serían la formación de la clase trabajadora y el ascenso de la nueva clase dirigente. Cada una de estas clases constituye una combinación de distintos grupos sociales, aunque a la larga aparece un grupo que representa a la mayoría o funciona como dominante⁷⁴. En ese aspecto, los artífices de la constitución estaban preocupados por la existencia de facciones y sobre todo por la posibilidad de que los sectores pobres se aglutinaran en una facción que diera lugar a jugadas políticas para imponer la distribución de la riqueza. Por lo tanto, ubicaron los

65 FEHRENBACH, Elisabeth. *Sociedad tradicional y Derecho Moderno. La recepción del Code de napoléon en los Estados de la Federación Renana*. Trad. Adalberto Calderón. Alfa, Buenos Aires, 1980. Pág. 236.

66 WALLERSTEIN, Immanuel. *Análisis de sistema-mundo*. Trad. Carlos Daniel Schroeder. Siglo XXI Editores, México, 2005. Pág. 355.

67 MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Carlos Sierra. 2ª Edición. Fondo de Cultura Económica. México, 1989. Pág. 45.

68 RANGEL DINAMARCO, Cándido. *La instrumentalidad del proceso*. Communitas, Lima, 2009, pág. 21.

69 RANGEL DINAMARCO, Cándido. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol I, 3ª Edición, Sao Paulo, Malheiros, 2003, pág. 58, citado por MITIDIERO, Daniel en: *Colaboración en el proceso civil*. Communitas, Lima, 2009, pág. 42.

70 MITIDIERO, Daniel. *Colaboración en el proceso civil*. Communitas, Lima, 2009, pág. 42.

71 BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. A. *Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica*. Palestra, 2005, pág. 175.

72 PRODI, Paolo. *Op. Cit.* Pág. 399.

73 CARBONELL, Miguel. *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos claves*. Palestra, Lima, 2010. Pág. 55-60.

74 SASSEN. *Op. Cit.*, 158.

asuntos relacionados con la propiedad y el mercado en una esfera supra política: la del derecho privado.

De ese modo dichos asuntos se constituyeron como cuestiones de derecho y no de política⁷⁵, generando el surgimiento de una nueva concepción jurídica de la privacidad, con un interés prominentemente por la protección de la personalidad y la personería. Se detecta también una transformación de los “derechos civiles”. Éstos nacen como las garantías de las personas libres, pero luego configuran una declaración de derechos colectiva, y finalmente se convierten en derechos sociales del Estado benefactor en sus primeras etapas y constituyen una parte indispensable del nuevo equilibrio alcanzado por el Estado liberal en la búsqueda del orden público y la protección de las libertades privadas.

Así, las interpretaciones sobre este período predomina la noción de un desarrollo excepcional marcado por la lucha de ciertas instituciones estatales para configurar el futuro Estado de bienestar poderoso frente a otras instituciones que obstruían dicho proceso supeditadas a los intereses de las grandes empresas. Si bien la importancia de la constitucionalización para los derechos civiles modernos está bien documentada, hay otros elementos fundamentales para el desarrollo jurídico constitucional que han sido comparativamente relegados como son el positivismo jurídico, el derecho administrativo y el poder ejecutivo para actuar el orden social⁷⁶. En este último aspecto coincide Gregorio Peces-Barbas, quien indica que “Sin el esfuerzo previo de centralización, de robustecimiento de la soberanía unitaria e indivisible del Estado, no hubieran sido posibles históricamente los derechos fundamentales”⁷⁷.

En consecuencia, todo este proceso de evolución gira inicialmente en torno a la antigua cuestión de la legitimidad del poder del Estado. El derecho constitucional reemplazo al derecho civil como autoridad máxima de legitimidad del poder estatal, pero no necesariamente como fuente de derecho, situación que se dio posteriormente.

En síntesis, la era del hipernacionalismo que se inicia a fines del siglo XIX y se extiende durante gran parte del siglo XX es el resultado complejo de la construcción de los capitalismo nacionales en un mundo de grandes potencias que compiten e interactúan mientras va naciendo la economía mundial del siglo XX, competencia que deriva en la aparición y multiplicación de conflictos internacionales, de los procesos de colonización que se dan en el marco de la expansión de dichos capitalismo, del internacionalismo económico de los carteles y mercados, respaldado por la coordinación interestatal se orienta hacia la construcción de los capitalismo nacionales, que requiere el reconocimiento de las reivindicaciones de los actores económicos nacionales, incluida la población y la fuerza laboral del país, de la cual deriva la concesión de derechos a los trabajadores y a los consumidores mediante la inversión en el consumo

nacional, que se traduce luego en una constitución, para así legitimar el ejercicio del poder. En tanto que las contradicciones entre la ley positiva y la natural que en sus elementos primordiales consistirían en la libertad individual para garantizar las mejores formas de acción, en aplicación de la capacidad deliberativa, dentro del respeto de las libertades ajenas; los derechos de propiedad, como sustrato de los intercambios y como condición de libre iniciativa y la independencia de los individuos, para elegir los mejores objetivos en el uso de la libertad, constituyen oportunidades perdidas de bienestar y por ello terminan manifestándose en descontento, descomposición del tejido social, rotura de la armonía entre sus componentes y eventual confrontación violenta.

Por ello, el cambio social consistiría en un proceso de ajuste de las leyes positivas a las naturales, a través del predominio de la razón o de la violencia, en combinación variable de estos elementos, de acuerdo con las circunstancias⁷⁸, siendo el origen de la aparición de derechos fundamentales, su posterior positivización en una constitución y traducción en fuente de derecho y de legitimación del Estado, que a la postre sería el germen de la teoría de los derechos humanos.

De esta forma, en la evolución hacia la Edad Contemporánea, se produce el fenómeno de la constitucionalización del derecho y por ello el auge de las Constituciones, siendo este el concepto que legitima la autoridad a través de los estados constitucionales, “las constituciones son el albergue de los nuevos derechos individuales, y el choque del litigio constitucional en el conducto de su definición y ejecución. El surgimiento del constitucionalismo es en este sentido una forma adicional de la descodificación: los códigos civiles ya no desempeñan una función constitucional. Como hemos señalado antes, esa función se ha trasladado de la más privada de las fuentes del derecho privado –el código civil– a la más pública de las fuentes de derecho público: la constitución”⁷⁹.

El modo de producción económica es el mercado que traduce en derechos todos los deseos de los agentes económicos activos. La sociedad se organiza de acuerdo a su mayor o menor participación en el mercado y en este sentido, el constitucionalismo como filosofía política sirve en un principio para cambiar el fundamento de la legitimidad estatal, o mejor dicho, de las autoridades que ejercen función pública⁸⁰, y en este aspecto el proceso como mecanismo de resolución de conflicto se valora a través de la categoría de una garantía constitucional de las personas frente al desarrollo de la actividad jurisdiccional como función legítima del Estado, enfocándose en este estadio el estudio del derecho procesal hacia el desarrollo de la función jurisdiccional.

Con la formación de los Estados modernos se germinó y se afirmó el principio de la estatalidad del proceso,

75 SASSEN. *Ibid.*, 166.

76 SASSEN. *Ibid.*, 179.

77 PECES-BARBA, Gregorio. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. (p. 34) citado por: CARBONELL, Miguel, *Op. Cit.* Pág. 58.

78 CUEVAS, Homero. *Op. Cit.* Pág. 72.

79 MERRYMAN, John Henry. *Op. Cit.* Pág. 292.

80 CARBONELL. *Op. Cit.* 61.

reivindicándose en manos del soberano el monopolio de la legislación en materia procesal, cuyas legislaciones procesales a partir del siglo XVIII no sólo operaron sobre la metodología sino que tuvieron distintos desarrollos en el plano cultural, abarcando la educación jurídica, el ordenamiento judicial y el proceso, y asumiendo un carácter eficientista, con notable presencia del Estado a través del juez produciendo un cambio del proceso “de orden isonómico” al proceso “de orden asimétrico” fundamentado en la autoridad, la jerarquía y la lógica burocrática.

“La intención de depurar al proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesta por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendana a erigir las bases de un derecho procesal civil completamente despreocupado por el derecho material (...).”

Por ello, existe un común acuerdo en que esta etapa del derecho procesal científico se inicia en Alemania a mediados del siglo XIX en dos puntos claves establecidos en la denominada polémica entre B. Windscheid y T. Múther (1856), que estableció el carácter público y la autonomía del derecho de acción, y la obra de O. Bülow (1868) que definió el concepto de relación jurídica procesal distinta de la relación material, y se convirtieron en las piedras angulares del futuro derecho procesal.

Sin embargo, la denominada polémica de Windscheid-Múther, es en realidad un debate que justifica la expropiación de la posibilidad de venganza privada hacia el Estado, convirtiéndolo en un derecho de solicitar al Estado la actividad jurisdiccional ya sea para la solución del conflicto entre particulares (teorías concretas de carácter liberal) o para la solución del conflicto como mal social (teorías abstractas propias del *Welfare State*), y así justificar la presencia y existencia de la autoridad del Estado en las relaciones particulares, que como se había mencionado es la reconciliación entre “libertad y necesidad” a través del Estado.

Esta transformación del “sincretismo” procesal hacia su “autonomía” implica todo un cambio radical en el modo de percibir el fenómeno procesal. Sentadas así las bases para el desarrollo posterior de Wach⁸¹ y Goldshmidt⁸² entre otros.

Sin embargo, en sus ansias por redescubrir el valor del proceso y por dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediendo su misión. La intención

de depurar al proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesta por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendana a erigir las bases de un derecho procesal civil completamente despreocupado por el derecho material, alrededor del concepto de “acción” abstracto como polo metodológico y que tendría relación sólo con el derecho procesal, definiéndose a partir de criterios únicamente procesales e incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional

e) La lógica de la crisis del Estado

El agotamiento del régimen de acumulación capitalista y de las estrategias microeconómicas de tipo keyensiano, la crisis de paradigmas existentes⁸³ y la afirmación de nuevos paradigmas científicos-técnicos articulados en torno a las nuevas tecnologías de la información y el incontenible avance del proceso de globalización, aparecen como hitos centrales de las profundas mutaciones que han afectado al mundo entero durante las últimas décadas. En este contexto, se ha configurado un nuevo escenario cuyas coordenadas sociales, económicas, políticas, culturales, institucionales, territoriales, difieren sustantivamente de las que se habían consolidado en los años de apogeo del desarrollo capitalista de la posguerra.

A medida que este nuevo escenario se va consolidando, se genera una nueva dinámica de inserción en el mismo, que lleva a los gobiernos a encarar con diversos énfasis y profundidad la aplicación de estrategias de reestructuración económica, política y social, observándose múltiples transformaciones que afectan a todas las dimensiones de la vida social, donde el derecho no puede ser ajeno a estos cambios.⁸⁴

La primera fase de la revolución industrial se produjo en una economía de mercado, en una estructuración jerárquica de la empresa. La segunda llevo la concentración y el monopolio a la estructura jerárquico funcional especializada, a la articulación funcional de los servicios, pero lo que acontece y que viene a denominarse la tercera fase de la revolución industrial, montada sobre la energía nuclear y la electrónica, otorga singular relieve a las tareas intelectivas y da origen a la autocorrección de los trabajos mecánicos y de los servicios, al mismo tiempo que provoca la concentración, la programación, la “dirección por objetivos”, e impone el trabajo en equipo, en una red informativa y comunicativa⁸⁵, escenario que conforme al análisis “sistema-mundo”, se propone en una historia total, contextualizada que se encuentra fuertemente relacionada con el término de Cultura RAM.⁸⁶

Este término se implica como nuevo fenómeno de formación de la cultura, el cual significa que la energía simbólica que la moviliza está empezando a dejar de tener un carácter primordialmente ‘rememorante’;

81 WACH, Adolfo. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo 1, Bs. As., 1972. Páginas iniciales.

82 GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona, 1936.

83 MOSTERIN, Jesús. *Crisis de los paradigmas en el siglo XXI*. Fondo Editorial Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006.

84 DE MATTOS, Carlos, HERNALUX, Nicolas y Dario RESTREPO BOTERO. *Globalización y territorios. Impactos y perspectivas*. Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1998. Pág. 7.

85 VALLET DE GOYTIZOLO, Juan. *Sociedad de masas y derecho*. Taurus, Madrid, 1969. Pág 78.

86 BREIA, José Luis. *Cultura_RAM. Mutaciones de la cultura en la era de su distribución electrónica*. GEDISA. Barcelona, 2007.

recuperador, para derivarse a una dirección productiva, relacional. Hace referencia a los modos de memoria de un ordenador, en tanto, que la cultura que se viene produciendo no es una de archivo y “back up”, fija y estable, memoria tipo ROM, sino que es un producto de una memoria de proceso, de interconexión activa y productiva de datos, una memoria de procesamiento expandida tipo RAM de interconexión de datos y sujetos.

Así la cultura mira menos hacia el pasado, para asegurar su “recuperabilidad” y transmisión de los “saberes” acumulados y garantizar su conservación a lo largo del tiempo, sino que mira más hacia el presente y su procesamiento hacia la gestión de un nuevo conocimiento, optimizando las condiciones de vivir en comunidad, en la interacción de los sujetos del conocimiento diversos, distintos y complejos, y de posibilidades infinitas.

En esta nueva dinámica de inserción en este nuevo escenario, sobre la base de la construcción de un territorio⁸⁷ recién se puede pensar en ingresar al mundo global. La cultura de la “excelencia del territorio” se basa sobre tres pilares: la visión compartida, el interés general y la cultura de la calidad, todos ellos proyectados sobre el territorio, en donde el “territorio” es la construcción social producto de un proceso dialéctico de interacciones eco sociales, con identidad propia y problemas comunes, que se inicia en la localidad, en la unión del nodo de la actividad productiva económica, con el nodo de la actividad social y el nodo cultural.

En esta perspectiva, América Latina es un territorio en construcción, constituido por distintos espacios, y que se encuentra inserta en un proceso de cambio a gran escala. Por esa razón se presenta el gran reto de construir el futuro modelo de la sociedad latinoamericana, “pero para ello necesitamos primero que todo intentar comprender claramente que es lo que está sucediendo. Se necesita luego decidir en qué dirección queremos que se mueva el mundo. Y finalmente, resolver como actuaremos en el presente de modo que las cosas se muevan en el sentido que preferimos”⁸⁸.

De esta forma, se habla de una nueva era, digital para unos, para otros espacial o de la informática, en donde un nuevo concepto legitima la autoridad que son los derechos humanos. Esta ideología sirve para justificar y estabilizar a los grupos políticos que se encuentren en el poder o para quienes quieren alcanzar el poder, “el concepto de “derechos humanos” es un concepto político y no técnico, y no puede ser otra cosa. Y como tal concepto está en función de la lucha política: sirve o puede servir para intentar transformar la realidad o para intentar conservarla”⁸⁹.

Sin embargo, esta nueva ideología de los derechos humanos lleva a una crisis de la soberanía y del Estado, porque se produce un traslado de fuentes internas

de derecho hacia fuentes externas del derecho, “hay además un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a la crisis del Estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo”⁹⁰, validando de esta forma la tesis de Manuel Serra Domínguez respecto del carácter absoluto de la jurisdicción al afirmar “que la jurisdicción no se resuelve en una función estatal, sino que existe independientemente del Estado, siendo tan sólo unas circunstancias históricas las determinantes de que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción”⁹¹, de esta manera la jurisdicción se va separando del Estado, y se forman tribunales supranacionales que obligan a los Estados a cumplir sus decisiones hacia una nueva “unidimensionalidad” de la norma, en la cual se confundirán nuevamente “moral y derecho” cada vez más vigilante y riguroso.

Y por otro lado la expansión de las relaciones comerciales en este escenario global constituye una nueva jurisdicción sin Estado a través mecanismos alternos de solución de conflictos como el arbitraje o la negociación con reglas más flexibles y con un objetivo más finalista enfocado en el restablecimiento de la relación y menos contenido simbólico no siendo su finalidad la afirmación de la soberanía y autoridad del Estado.

La globalización como tendencia general se convierte en uno de los factores más importantes de la cultura jurídica actual relacionada directamente con la globalización de la economía mundial, pero surgen las preguntas ¿globalización de qué, para quién? y en consecuencia ¿se puede dar la globalización de una justicia procesal?, entendiéndose que aparte de los temas mercantiles esta se convierte más sensible a otro tipo de temas como el derecho ambiental y el respeto a los derechos fundamentales a un nivel nacional y supranacional, con la posibilidad de hacer referencia a la jurisprudencia y precedentes de otras cortes nacionales o internacionales principalmente cuando la materia objeto de las decisiones tiene que ver con la interpretación y la implementación de los derechos fundamentales⁹², lo que es conocido como el “cross-constitucionalismo”.

Luego, el “monopolio estatal de la jurisdicción” se ha fracturado notablemente, en donde la jurisdicción ya no es una función exclusiva del Estado; los órganos a los que se confían las funciones jurisdiccionales no son siempre órganos del Estado, en donde los órganos jurisdiccionales estatales y no estatales se encuentran intercomunicados entre sí y tendencialmente son fungibles, y lo que trae correlativamente “la crisis del monopolio de la legislación procesal” que viene obligando, sino bien a la uniformización, si a la armonización y recíproca integración entre jurisdicciones tanto al nivel vertical, como al nivel horizontal, con una lógica de cooperación

87 RODRIGUEZ GUTIERREZ, Fermin y Robert VILLANUEVE. “Universidad et Civitas. Universidad y desarrollo local”. En: CeCodet, Universidad de Oviedo. Asociación Eurexcter.

88 WALLERSTEIN, Op. Cit. Pág. 122.

89 ROBLES, Gregorio. *Epistemología y Derecho*. Ediciones Pirámide, Madrid, 1982. Pág. 254.

90 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Andrés Perfecto Ibañez. Editorial Trota, Segunda Edición, Madrid, 2002. Pág. 16.

91 SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Jurisdicción, acción y proceso*. Atelier, Barcelona, 2008. Pág. 19.

92 TARRUFFO, Michele. “Una propuesta para la armonización del proceso civil”. En: *La jurisdicción y la protección internacional del derecho*. Universidad de Medellín. 2011. Pág. 29-45.

u otra veces con una lógica de control surgiendo la necesidad de un fundamento extra estatal para la jurisdicción⁹³, cuya función nacería ahora del mismo seno de la comunidad o la sociedad.

En conclusión, el modo de producción se da a través de la globalización, y la nueva riqueza se basa en la posesión de la tecnología y la información, en donde el Estado nacional va perdiendo presencia en las relaciones de la sociedad. Elevar al rango de derecho fundamental a las garantías del proceso, hace que el nuevo objeto de estudio del derecho procesal ya no sea el mecanismo de resolución de conflicto, sino el estudio del contenido de este derecho fundamental, ya sea el derecho a la tutela jurisdiccional o debido proceso, acorde con esta nueva ideología de DD.HH.

Afirma C. MAGRIS, la ley debe adecuar sus normas para golpear las nuevas formas de violencia que puede surgir, afrontar los nuevos retos que puedan crearse, y la experiencia jurídica ha sido extremadamente fecunda e innovadora; se ha aventurado en nuevos territorios, ha elaborado nuevas tutelas y ha definido nuevos sujetos, tradicionalmente “débiles” en las sociedades del pasado y en las actuales, como las mujeres, los menores, los minusválidos, los nuevos inmigrantes.⁹⁴

Y luego, el mismo autor señalado añade que de ello nace una exigencia de traducir principios universales de derecho en leyes positivas de países lejanos a esa cultura iluminista occidental que ha creado esos principios. Es un proceso cultural y político de encuentros y conflicto entre culturas, que implica tradiciones y pasiones, sentimientos individuales y razones de Estado, destinos personales y colectivos.⁹⁵

Hoy dicha problemática está particularmente viva, en una época en que la globalización que embiste al mundo también implica al derecho, es decir, las maneras con las cuales se deben tutelar a las personas, expuestas a las fuerzas de un mecanismo sustraído de toda experiencia directa y sujetas a un poder o poderes que a menudo resulta difícil no solo controlar, sino particularizar. Una sociedad cada vez más compleja crea nuevas relaciones entre los hombres, nuevas formas lícitas o ilícitas, de confrontación, y por lo tanto, eventualmente, de conflicto; y donde existe un conflicto, así sea solamente potencial, debe existir un derecho que lo regule y lo medie de una manera civil. Pero una nueva realidad puede implicar junto con las ventajas, nuevos peligros, que es necesario encausar.⁹⁶

Conclusión

Se debe tener en cuenta que *“el Estado de derecho no es ni una cuestión revelada ni de orden natural. Es una forma de organización de la sociedad bajo un conjunto de creencias que son constitutivas de la identidad de una comunidad y de sus miembros individuales. Es una forma*

*de entender la unidad de la comunidad a través del tiempo y del yo como portador de esa historia. Es al mismo tiempo el producto de una historia particular y constitutivo de un cierto tipo de existencia histórica”*⁹⁷ que con ese mismo argumento se proyecta hacia la forma institucionalizada de la resolución de controversias.

Cuando se revisan distintos sistemas procesales en forma comparada se producen investigaciones que sólo se limitan al análisis del texto legal en comparación al texto legal de otra jurisdicción o país con relación a la misma respuesta o problema, investigaciones a las cuales se les puede denominar “rápidas”; otras más ambiciosas no sólo registran el texto legal sino que aunque más dilatada presta la debida atención entre el derecho en los libros y el derecho en acción, la que se denomina “genuina”, es decir, a la práctica del derecho por los operadores.

Pero cuando nos referimos a ¿Qué derecho en acción? O ¿de cuál derecho en acción estamos hablando?, es decir, si el derecho en acción es el derecho de y ante los tribunales, es necesario definir de que tribunales se está hablando, generando luego definiciones circulares por las cuales se debe volver a la definición del texto legal. Entonces, surge la cuestión de replantear la dificultad de comprender diferentes culturas debido a sus conceptos básicamente diversos.

Sin embargo, sosteniendo que incluso la posibilidad de que el investigador de derecho elija entre la línea principal y líneas críticas presupone que esta elección esté basada en una conexión interna entre diferentes culturas jurídicas en términos jurídicos básicos que hay que reconocer, a lo que se denominará una investigación “profunda”.

No obstante, una visión “crítica” de la investigación se presenta cuando se reconoce que el derecho es una expresión de la sociedad, pero no la única, en donde derecho y política se superponen, aun cuando haya un riesgo de que los juristas pierdan terreno frente a los políticos, pero quedando ciertos núcleos de conceptos intactos para que el jurista practique sus habilidades.⁹⁸

La presente propuesta no se orienta hacia el conocimiento de un sistema jurídico extranjero, ni siquiera al conocimiento comparativo de las instituciones jurídicas, sino solamente en la hipótesis acerca de nuestra propia cultura jurídica con ropaje diferente, pero con una visión crítica por el cual el “derecho procesal” se analiza como el conector entre derecho y justicia, y así poder explicar los sistemas procesales.

Es una invitación al lector en la introducción en el análisis del derecho procesal en un enfoque sistémico comparado por el cual este fenómeno cultural se analiza en una visión global en forma conjunta con el sistema político general, y los subsistemas económicos,

93 PICARDI, Nicola. *Op. Cit.* Pág. 243- 256.

94 MAGRIS Claudio. *Literatura y Derecho ante la ley*. Trad. María Teresa Meneses. Ediciones Sexto Piso. Madrid, 2008. Pág. 68.

95 MAGRIS. *Op. Cit.* Pág. 54.

96 MAGRIS. *Ibid.* Pág. 60.

97 KHAN, Paul. *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Gedisa, Barcelona, 2001. Pág. 15.

98 PÖYHÖNEN, Juha. “Algunos malentendidos básicos en el Derecho comparado”. En: *La normatividad del derecho*. Aulis AARNIO y otros (Compiladores). Gedisa, Barcelona, 1997. Pág. 231-243.

sociales, etc. abandonando el clásico estudio del derecho procesal que se circunscribe o anquilosa en la revisión del proceso o de la acción y la jurisdicción, bajo metodologías exegéticas o dogmáticas jurídicas, “*prefiriendo el espíritu del derecho a letra del derecho*”, centrados ahora en el análisis de la cultura jurídica política y su amplia perspectiva de las relaciones de poder en la sociedad proyectadas sobre un determinado contexto histórico⁹⁹ y que se manifiestan en el proceso legal.

Esto resulta de una macro comparación, término que define como punto de partida el reconocer la existencia de diferencias, a veces profundas, que constituyen su misma razón de ser y tienden a la creación de clasificaciones y desarrollo de modelos, en oposición a la micro comparación, que sin menoscabar la importancia de dicho nivel comparativo, tiene premisas y finalidades distintas dado que se dirige a la comparación entre cada segmento particular de los ordenamientos sujetos a comparación.¹⁰⁰

Se subraya de esta forma una mayor importancia en las relaciones del poder político con el diseño del proceso legal más que la influencia de la ideología pura, “*dado que el derecho como fenómeno social es un tema tan complejo que parece escapar a todo intento de clasificación excluyente*”¹⁰¹, apuntando hacia el concepto de “visión jurídica”, que es mucho amplio y está constituido no sólo por la ideología jurídica, sino también por los compromisos teóricos de la ciencia jurídica y las teorías referidas al objeto de la dogmática jurídica, a efectos de intentar modelos explicativos a través del estudio de la historia de las ideas jurídicas y de la historia de la ciencia jurídica.¹⁰²

Esta línea descrita exige al estudioso o investigador del derecho procesal a extenderse a otros campos, nuevas metodologías, identificar nuevas relaciones en distintos niveles, que expliquen la trayectoria y el destino de los mecanismos institucionalizados de resolución de conflictos en coherencia con el “contexto” histórico-social-político-económico en el cual se van a realizar. 

99 SANCHEZ-BAYON, Antonio. *Estudios de Cultura política-jurídica. De la tolerancia a la libertad y su cuarentena actual*. Editorial Delta. Madrid. 2010. Pág. XX.

100 PEGORARO, Lucio y Angelo RINELLA. *Introducción al Derecho Público Comparado*. Trad. César Astudillo. Palestra, Lima, 2006. Pág. 66.

101 KARGAS, Urpo. “Un análisis de la recepción de las ideas jurídicas y su impacto en la visión jurídica del mundo”. En: *La normatividad del Derecho*. Gedisa, Barcelona, 1997. Pág. 127.

102 KARGAS, Urpo. *Op. Cit.* Págs. 127-131.